



República de Colombia
Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Sala Plena
Magistrada: Dra. Patricia Salamanca Gallo

Bogotá, doce (12) de junio de dos mil veinte (2020).

Autoridad: Beneficencia de Cundinamarca
Norma: Circular 2020-1000000104 de 24 de marzo de 2020
Radicación: 25000-2315000-2020-00774-00
Asunto: Control de legalidad

Procede el Despacho a pronunciarse sobre el control inmediato de legalidad de la Circular 2020-1000000104 de 24 de marzo de 2020, expedida por el Gerente de la Beneficencia de Cundinamarca.

I. ANTECEDENTES

El Gerente General de la Beneficencia de Cundinamarca remite copia de la Circular 2020-1000000104 de 24 de marzo de 2020 por medio de la cual “*Se adopta la circular 040 de 23 de marzo de 2020 de la secretaría de la función pública (directrices con ocasión de la ampliación del simulacro para la contención del COVID-19) y algunas medidas establecidas por la circular 041 del 24 de marzo del 2020 de la secretaria de la función pública (directrices trabajo en casa y personal autorizado para movilizarse por aislamiento preventivo obligatorio en Colombia)*”, a fin que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca efectúe el control inmediato de legalidad.

Mediante auto de 15 de abril de 2020 se avocó el conocimiento del presente trámite y se requirió al Gerente General de la Beneficencia de Cundinamarca para que allegara los antecedentes de la Circular 2020-1000000104 de 23 de marzo de 2020.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador 21 Judicial II para asuntos administrativos, allegó concepto en el que solicita se deje sin efectos el auto que avocó el conocimiento del presente asunto por considerar que la Circular 2020-1000000104 de 23 de marzo de 2020 no es pasible de control de legalidad.

Señala que el Consejo de Estado ha indicado que *“los actos administrativos constituyen la expresión unilateral de la voluntad de la Administración por medio de la cual se crea, en forma obligatoria, una situación jurídica de carácter general, impersonal o abstracta, o bien de carácter subjetivo, individual y concreto, es decir que se trata de una decisión capaz de producir efectos jurídicos y, en consecuencia, de vincular a los administrados. Sin embargo, puede ocurrir que, a través de un acto de servicio, trátase de una circular o de una carta de instrucción, se tomen decisiones que son verdaderos actos administrativos”*. Situación que es evidente en el caso bajo estudio.

Precisa que para el caso concreto, como desarrollo de los decretos legislativos durante los estados de excepción, el Gerente General de la Beneficencia de Cundinamarca, expide la Circular analizada, por medio de la cual se adoptan medidas tendientes a la ampliación del simulacro para la contención del COVID-19 y se dictan directrices de trabajo en casa y personal autorizado para movilizarse por el aislamiento preventivo obligatorio en Colombia.

Aduce que *“los requisitos, que atañen a la competencia y a la forma en la expedición de la Circular No. 20201000000104 del 24 de marzo 2020, no se cumplen, teniendo en cuenta que a pesar de que ostentan elementos suficientes que permiten su identificación como: el número, la fecha, las consideraciones y el articulado, resulta relevante mencionar que en cuanto a la identificación de las facultades que permiten su expedición, y la firma de quien lo suscribe, no son competencia en este caso particular del Gerente General de la Entidad, toda vez que la Beneficencia de Cundinamarca es un establecimiento público del sector descentralizado del orden departamental, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente, adscrita a la Secretaría de Desarrollo e Inclusión Social (Decreto Ordenanza No. 0266 del 16 de septiembre de 2016, por medio del cual se establece la estructura organizad de la Beneficencia de Cundinamarca)”*.

Señala que lo anterior permite concluir que el acto sometido a control no cumple a cabalidad con los requisitos de forma, que si bien no son sustanciales, deben ser cumplidos por la autoridad que profiere el acto administrativo sin la posibilidad de ser subsanables; como bien lo ha señalado el Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 5 de marzo de 2012.

Concluye que *“las medidas de carácter general expedidas por las autoridades territoriales en ejercicio de la función administrativa y, como desarrollo de los decretos legislativos durante los estados de excepción, como es el caso de las expedidas por la entidad de Beneficencia de Cundinamarca, el día 24 de marzo 2020, no se ajustan a derecho en cuanto a su examen formal”*.

Agrega que el Gerente General de la Beneficencia de Cundinamarca adoptó medidas frente a los funcionarios de la entidad y los contratistas, acogiendo dos circulares que expide la Secretaría de la Función Pública, con ocasión a la contención del COVID-19, las cuales tienen como fundamento el Decreto Reglamentario 457 de 2020, por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19 y el mantenimiento del orden público, el cual fue derogado en su integridad por el artículo 9 del Decreto 531 de 2020, lo que evidencia que, *“las disposiciones acusadas desaparecieron del mundo jurídico”*.

Considera que *“por tratarse de disposiciones administrativas generales son susceptibles del medio de control ahora incoado, toda vez que la derogación tiene efectos ex – nunc, lo cual implica que el acto derogado mantiene su presunción de legalidad por todo el tiempo que estuvo vigente, como lo ha señalado la sentencia del Consejo De Estado Sección Primera, (...), sin embargo, las medidas impartidas por la circular objeto de control inmediato de legalidad, se centran en medidas con ocasión a la ampliación del simulacro para la contención del covid-19, las directrices de trabajo en casa y las excepciones de circulación del personal autorizado para tal fin, situaciones que implicarían referirse al aislamiento preventivo obligatorio”*.

Manifiesta que el Decreto 457 de 2020, no es de naturaleza legislativa, expedido en un marco de funciones extraordinarias, con ocasión a la Emergencia Económica, Ecológica y Social. Toda vez que carece de la firma de todos los ministros y porque el gobierno no invocó las facultades extraordinarias a las que se refiere el artículo 215 de la Constitución, de manera que es necesario revocar el auto por medio del cual se asume el conocimiento del control inmediato y automático de legalidad en el presente caso, toda vez que la circular examinada fue expedida en desarrollo de normas que no revisten el carácter de excepcionales que desarrollen el estado de excepción dispuesto a través del Decreto 417 de 17 de marzo de 2020.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

En razón a lo dispuesto por el artículo 20 de la Ley 137 de 1994 y el numeral 14 del artículo 151 del CPCA, que establece que corresponde a los Tribunales conocer “*Del control inmediato de legalidad de los actos de carácter general que sean proferidos en ejercicio de la función administrativa durante los Estados de Excepción y como desarrollo de los decretos legislativos que fueren dictados por autoridades territoriales departamentales y municipales, cuya competencia corresponderá al tribunal del lugar donde se expidan*”, el Despacho dio trámite al asunto de la referencia.

2. Sobre la disposición sometida a control de legalidad

En el presente caso, se remitió para conocimiento la Circular 2020-10000000104 de 24 de marzo de 2020 por medio de la cual “*Se adopta la circular 040 de 23 de marzo de 2020 de la secretaría de la función pública (directrices con ocasión de la ampliación del simulacro para la contención del COVID-19) y algunas medidas establecidas por la circular 041 del 24 de marzo del 2020 de la secretaria de la función pública (directrices trabajo en casa y personal autorizado para movilizarse por aislamiento preventivo obligatorio en Colombia)*”, decisión en la que el Gerente General de la entidad, dispuso:

*“Teniendo en cuenta lo expuesto en la Circular 040 del 23 de marzo de 2020 y ante la declaratoria de calamidad pública por el Gobernador de Cundinamarca, ante la presencia de casos de Coronavirus COVID 19 en Colombia, el Gerente General de la Beneficencia de Cundinamarca, como medida administrativa, adopta la CIRCULAR 040 del 23 de marzo de 2020 de la SECRETARIA DE LA FUNCION PUBLICA (Directrices con ocasión de la ampliación del **SIMULACRO PARA LA CONTENCION DEL COVID-19**), para los servidores públicos, de la Entidad los siguientes:*

- 1 Todos los, servidores públicos efectuarán trabajo virtual en casa en la jornada de 8:00 am a 5:00 pm., durante el periodo del 25 de marzo al 13 de abril de 2020, para tal efecto deberán acordar con su jefe Inmediato la funciones a desarrollar durante ese día, los entregables y las evidencias del mismo.*
- 2 Los contratistas deberán ejecutar sus actividades en casa, para lo cual el supervisor deberá coordinar con el contratista las actividades y los productos entregables.*
- 3 Se exceptúan del trabajo virtual los funcionarios que deban atender asuntos relacionados con liquidación, pago y cobro de nóminas, pago de cuentas a contratistas, pago de seguridad social, y funcionarios que por su naturaleza efectuar presencial. El funcionario en caso de ser requerido por una autoridad competente presentará el Carnet Institucional de la Entidad y acompañado del correo institucional donde se solicita trabajo presencial.*

*Se adopta algunas medidas de la **CIRCULAR 041** del 24 de marzo de 2020 de la **SECRETARIA DE LA FUNCION PUBLICA DIRECTRICES TRABAJO EN CASA Y PERSONAL AUTORIZADO PARA MOVILIZARSE POR AISLAMIENTO PREVENTIVO OBLIGATORIO EN COLOMBIA**, para los servidores públicos. de la Entidad los siguientes:*

- 1 *Los subgerentes jefes de áreas y demás directivos con personal a cargo, serán los responsables de seleccionar los servidores públicos y contratistas, que requieran para trabajo presencial conforme a la excepción descrita en el numeral 13 del artículo 3 del Decreto Nacional 457 del 22 de marzo de 2020.*
- 2 *Cada subgerente Jefe de Área o Directivo con personal a cargo está en la obligación de garantizar el cumplimiento y desarrollo de la actividad necesaria para el cumplimiento de las funciones a su cargo, de acuerdo a los formatos predispuestos y acatando el periodo de aislamiento preventivo obligatorio decretado por el presidente de la república.*
- 3 *Cada jefe inmediato deberá efectuar los controles y seguimientos necesarios para verificar el cumplimiento de las funciones durante el trabajo virtual: para el efecto deberá remitir el día 14 de abril de 2020 el formato constancia de cumplimiento de trabajo virtual. a la Secretaria General de la Entidad.*
- 4 *La compensación del descanso de semana santa se cancelará a partir del 24 de marzo de 2020. El tiempo compensado hasta el día 21 de marzo se tendrá en cuenta, para futuros descansos compensados, por tal razón cada jefe inmediato deberá certificar el tiempo compensado.*
- 5 *En caso de que se requiera el parque automotor deberá estar disponible, así mismo los conductores menores de 60 años, deberán estar disponibles para atender en lo que respecta a la emergencia COVID19.*
- 6 *Es obligación de todos los funcionarios acatar las disposiciones de la presente circular, por ende, se pone de presente que el incumplimiento de la misma; dará lugar a la correspondiente investigación disciplinaria.*

Esta medida administrativa se mantiene hasta tanto no se dicten otras directrices”.

3. Presupuestos de procedencia del control inmediato de legalidad

De conformidad con lo previsto en los artículos 20 de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción 137 de 1994 y 136 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, son objeto del control inmediato de legalidad por parte de los Tribunales Administrativos “*las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de excepción*” cuando emanen de las autoridades territoriales.

La jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha establecido que, para que proceda el control inmediato de legalidad, el acto de la administración debe reunir, en forma concurrente, los siguientes requisitos: i) *tratarse de un acto administrativo expedido en ejercicio de funciones de la misma naturaleza jurídica; y*

ii) desarrollar los decretos legislativos del estado de excepción, durante la vigencia de este¹.

Sobre el particular, en reciente pronunciamiento del H. Consejo de Estado, se precisó que:

“En lo que tiene que ver con cuáles son los actos administrativos que pueden ser enjuiciados por el CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD, el Consejo de Estado desde 1994 hasta la fecha, en más de 40 providencias, de manera reiterada y casi pacífica, ha interpretado taxativamente los artículos 20 de la Ley 137 de 1994, 59 y 136 y 185 de la Ley 1437 de 2011, 60 para en términos generales señalar, que son aquellos que de manera expresa desarrollen decretos legislativos.

De acuerdo con esta visión, que podríamos llamar taxativa, tradicional o formal, son tres los presupuestos requeridos para la procedencia del control inmediato de legalidad, a saber: (i) que se trate de un acto de contenido general; (ii) que el mismo se haya dictado en ejercicio de la función administrativa, y (iii) que el acto tenga como fin desarrollar uno o más de los decretos legislativos expedidos durante los estados de Excepción”².

Así las cosas, a efectos de que proceda el control de legalidad se deben cumplir los siguientes presupuestos procesales:

3.1. Que se trate de un acto de contenido general:

El Consejo de Estado ha resaltado que el control automático de legalidad conforme a lo previsto en el artículo 20 de la Ley 137 de 1994 sólo puede adelantarse respecto a *“medidas de carácter general”*³. En reciente pronunciamiento, precisó que no podrán ser objeto de control aquellos actos *“cuyos efectos jurídicos directos no trascienden al exterior de la administración, ni sobre derechos o situaciones de la ciudadanía en general; su incidencia se proyecta exclusivamente a la esfera interna de la administración y a un asunto preciso (...)”*⁴.

¹ Consejo de Estado- -Sala Plena de lo Contencioso Administrativo- Sala Veintisiete Especial de Decisión. C.P: Rocío Araújo Oñate., 23 de abril de 2020. Radicación: 11001-03-15-000-2020-01123-00(ca). Actor: Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA).

² Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sala Especial de Decisión Número 10 – C.P: Sandra Lisset Ibarra Vélez. 11 de mayo de 2020. Radicación: ·11001-03-15-000-2020-00944-00. Norma que se revisa: Resolución 471 de 22 de marzo de 2020.

³ Sala Plena de lo Contencioso administrativo. C. P. Reinaldo Chavarro Buriticá, Expediente 1100 1-03-1S-000- 2002-1280-01 (CA-006).

⁴ Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo - C.P: Carmelo Perdomo Cuéter. 16 de abril de 2020. Radicación: 11001-03-15-000-2020-01057-00. Norma que se revisa: Circular 8 de 25 de marzo de 2020.

3.2. Que se expida en ejercicio de la Función Administrativa

La noción general de función administrativa, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, comprende la *“actividad ejercida por los órganos del Estado para la realización de sus fines, misión y funciones”*⁵.

3.3. Que tenga como finalidad desarrollar decretos legislativos

El objeto del control de legalidad se restringe al análisis de medidas adoptadas en desarrollo de Decretos Legislativos, por ello no es procedente asumir por este medio el estudio de actos administrativos expedidos en virtud de facultades propias de la Administración, como quiera que la ley establece las competencias y los mecanismos para controvertirlas, sin que el mecanismo excepcional pueda ser utilizado para sustituirlos.

A fin de establecer los asuntos susceptibles de ser avocados a través de procedimiento de control inmediato de legalidad se puede acudir a dos criterios:

- **Criterio formal:** Cuando el acto administrativo a estudiar manifiesta que se fundamenta en un Decreto Legislativo.
- **Criterio material:** Cuando no tiene relevancia el fundamento que señale el acto administrativo, sino la materia que éste desarrolla y su conexidad con los Decretos Legislativos.

En el caso de autos la Circular analizada no señala en sus considerandos que se fundamenta en ningún Decreto legislativo expedido en virtud del actual estado de excepción, por lo que no cumple con el criterio formal; sin embargo, el Despacho asumió su conocimiento en virtud al criterio material por considerar que constituía un desarrollo del Decreto 417 de 2020 el cual dispuso: *“con el propósito de limitar las posibilidades de propagación del nuevo virus Covid 19 y de proteger la salud del público en general y de los servidores públicos que los atienden, se hace necesario expedir normas de orden legal que flexibilicen la obligación de atención personalizada al usuario y se permita incluso la suspensión de términos legales en las actuaciones administrativas y jurisdiccionales”*.

⁵ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sala Especial de Decisión Número 10 – C.P: Sandra Lisset Ibarra Vélez. 11 de mayo de 2020. Radicación: ·11001-03-15-000-2020-00944-00. Norma que se revisa: Resolución 471 de 22 de marzo de 2020.

Además, al igual que el Ministerio Público, consideró que se trataba de un acto de carácter general, por ser una disposición que establecía pautas para todo el personal de la entidad, sin individualizarlos en forma particular.

No obstante lo anterior, según lo planteado por la jurisprudencia antes referida, la Circular 2020-10000000104 de 24 de marzo de 2020, no es un acto **de carácter general**, pues la misma no contiene disposiciones que trasciendan a la comunidad, pues solo tiene como fin regular aspectos internos de la Beneficencia de Cundinamarca, relacionados con la prestación del servicio.

En este orden de ideas, la decisión contenida en la Circular 2020-10000000104 de 2020, si bien puede ser discutida a través de los medios ordinarios, no es susceptible de ser analizada a través del control inmediato de legalidad, como lo indicó el Ministerio Público; en consecuencia, se concluye que en el caso de autos no se cumplen los presupuestos de procedencia.

Así las cosas, se impone dejar sin efecto el auto de 15 de abril del año en curso, para en su lugar abstenerse de avocar el proceso de la referencia, como quiera que no se cumplen las previsiones para conocerlo de fondo.

En mérito de lo expuesto, el Despacho

RESUELVE:

PRIMERO: DEJAR SIN efecto el auto de fecha 15 de abril de 2020 por medio del cual se avocó el conocimiento del asunto de la referencia.

SEGUNDO: ABSTENERSE de avocar el trámite de control de legalidad respecto de la Circular 2020-10000000104 de 24 de marzo de 2020.

SEGUNDO: Notificar esta providencia al señor Gerente General de la Beneficencia de Cundinamarca y al señor Agente Delegado del Ministerio

Público, a través las respectivas direcciones electrónicas registradas en el expediente.

TERCERO: Insertar el texto de esta providencia en la página www.ramajudicial.gov.co para los efectos de publicidad para terceros intervinientes y la sociedad en general.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


PATRICIA SALAMANCA GALLO
Magistrada